

A. I. Nº - 298945.3015/16-6
AUTUADO - MEDTEST DIAGNOSTICA COMÉRCIO DISTRIBUIÇÃO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE MATERIAIS MÉDICOS LTDA.
AUTUANTE - SÉRGIO MARCOS DE ARAÚJO CARVALHO e JOSERITA MARIA SOUSA BELITARDO DE CARVALHO
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 15.08.2017

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0124-02/17

EMENTA: ICMS. 1. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÃO INTERESTADUAL. MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, e não sendo previsto o pagamento do tributo no posto fiscal de fronteira, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar. Provado está, que na época dos fatos, o defendente efetuou o recolhimento a menor do ICMS por antecipação. Infração subsistente. **2. ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA PARCIAL. RECOLHIMENTO A MENOR DO IMPOSTO. MULTA DE 60% SOBRE O IMPOSTO QUE DEVERIA TER SIDO PAGO POR ANTECIPAÇÃO.** Uma vez comprovada à tributação regular nas operações subsequentes, torna-se inexigível o tributo neste caso, convertendo-se a exigência relativa ao imposto não antecipado e ao crédito indevido em multa equivalente a 60% do imposto não antecipado, nos termos do art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 19/12/2016, exige ICMS no valor de R\$ 161.455,97, conforme demonstrativos e documentos às fls. 11 a 24 e CD/mídia à fl. 26, bem assim os documentos às fls. 28/213 dos autos, em razão da constatação de duas irregularidades, a saber:

INFRAÇÃO 01 - 07.01.02: Efetuou recolhimento a menor do ICMS por antecipação no valor de R\$101.935,31, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e/ou do exterior, referente aos meses de fevereiro, março, abril, junho, julho, agosto, setembro, outubro e dezembro de 2012; e janeiro, abril e novembro de 2013, na forma do demonstrativo à fl. 12 dos autos, com enquadramento no artigo 371, artigo 125, inc. II, "b", c/c artigo 61, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 6.284/97, para as data de ocorrências 28/02/2012 e 31/03/2012; e enquadramento no artigo 8º, inc. II e § 3º do art. 23 da Lei 7.014/96 c/c art. 289 do RICMS publicado pelo decreto 13.780/2012, para as datas de ocorrências de 30/04/2012, 30/06/2012, 31/07/2012, 31/08/2012, 30/09/2012, 31/10/2012, 31/12/2012, 31/01/2013, 30/04/2013 e 30/11/2013.

INFRAÇÃO 02 - 07.15.03: Multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal,

nos meses de março, maio, novembro e dezembro de 2012; e junho, agosto, novembro e dezembro de 2013, com enquadramento no artigo 61, inc. IX; artigo 125, inc. II, §§ 7º e 8º e artigo 352-A do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 6.284/97 para a data de ocorrência de 31/05/2012; e enquadramento no artigo 12-A da Lei 7.014/96, para as ocorrências de 30/11/2012, 31/12/2012, 30/06/2013, 31/08/2013, 30/11/2013 e 31/12/2013.

O contribuinte apresenta defesa, à fl. 219/226 dos autos, na qual, após descrever que é uma pessoa jurídica de direito privado, constituída sob a forma de uma sociedade por cotas de responsabilidade limitada que tem por objeto social a comercialização de produtos médicos/farmacêuticos, conforme contrato social consolidado em anexo, impugna a autuação conforme os seguintes termos:

Diz que teve contra si lavrado o Auto de Infração indicado em epígrafe, o qual lhe imputou suposta insuficiência no recolhimento do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente a aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, em que aduz ter sido aplicado dupla multa no percentual de 60% sobre o imposto que deveria ter sido pago e supostamente não foi.

Neste sentido, destaca que a presente defesa busca provar que não assiste razão à Fiscalização Estadual em imputar multa em tão alto percentual, na forma dos argumentos que serão a seguir expostos.

Do caráter confiscatório da multa aplicada. Diz que a primeira infração referiu-se ao suposto recolhimento insuficiente de tributo e cobrou a diferença supostamente devida acrescida de 60% desse valor a título de multa. Por sua vez, a segunda infração referiu-se a multa sobre o valor que supostamente não foi recolhido, no percentual de 60%.

Diz que, como se vê claramente, o Auto de infração cobra duplamente multa pelo suposto recolhimento a menor imputado à Defendente. Além disso, o percentual aplicado (60%) não tem razão de ser, relevando-se em cobrança confiscatória, expressamente vedada pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 150, IV, que transcreve.

Nessa linha de intelecção, observa que urge verificar o entendimento do que seja caráter confiscatório do tributo, *in caso*, da multa, cabendo, para o desate de tão tormentosa questão, valer-se dos ensinamentos do sempre Ilustre Hugo de Brito Machado, verbis:

“Quando a penalidade vai além de qualquer limite razoável daquilo que se poderia admitir como proveito obtido com o cometimento do ilícito, e, assim, tem se configurado o confisco, sendo invocável a prestação jurisdicional.” (Hugo de Brito Machado, in *Caderno de Pesquisas Tributárias*, nº 04, pág. 256)

Frente a ações deste jaez, observa que é preciso que se proclame a Supremacia da Lei Maior e da Justiça sobre os equívocos daqueles que devem obediência cega à legislação infraconstitucional, sob pena de, ao final, quando esgotarem-se os pedidos justificados, não mais restar a aplicação da Lei e da Justiça, mas tão somente a supremacia do arbítrio, da prepotência e da ignorância.

Trazendo aos autos outros destaques de doutrinadores do direito, diz que o princípio do não confisco revela-se corolário cristalino do clássico princípio da capacidade contributiva, que tanta relevância adquiriu em nosso ordenamento. O confisco seria desproporcional à capacidade contributiva, seria aniquilamento desta, o que violaria a graduação determinada pela Lei Maior.

Após trazer aos autos ementas de decisões do Supremo Tribunal Federal (STF), diz, também, que o STF tem firme posição, reiterada em diversos julgados, no sentido de que, em se falando de penalidade tributária, a confiscatoriedade existe quando não há razoabilidade e proporcionalidade entre a gravidade da infração cometida e a multa cominada como consequência do ato ilícito praticado pelo contribuinte.

Neste sentido, aduz que é vedado no ordenamento Pátrio, com forte respaldo doutrinário e jurisprudencial, a cobrança de tributo ou multa/penalidade em caráter confiscatório, em montante desproporcional à infração cometida.

Pelas razões expostas, tendo em vista a cobrança em duplicidade e em percentual eminentemente confiscatório no tópico “Infração 02” do Auto de Infração, requer, então, seja julgamento improcedente o Auto de Infração atacado neste particular.

Do pedido de improcedência do lançamento. Em face das razões acima expendidas, requer que conheça da presente impugnação para encaminhar o auto hostilizado para uma das Juntas de Julgamento do Conselho de Fazenda do Estado, para que seja julgado improcedente no ponto atacado, visto que restou amplamente comprovada a duplicidade na cobrança da multa e o caráter confiscatório do percentual aplicado, o que é vedado pelo ordenamento pátrio.

O Fiscal Autuante em sua informação fiscal, às fls. 258/260 dos autos, após destacar os termos da defesa, afirma que, em momento algum, a autuada faz qualquer reparo à forma como foram apuradas as infrações 01 e 02 do presente e Auto de Infração.

Diz também que a peça defensiva concentra o núcleo de sua argumentação no combate ao que julga ser a cobrança de multa com efeito confiscatório e, perifericamente, alude a existência de cobrança em duplicidade, sem, contudo, trazer qualquer elemento que comprove tal alegação.

Neste sentido, diz que não tendo encontrado qualquer elemento capaz de elidir os lançamentos efetuados, mantém o presente Auto de Infração em seus exatos termos.

Destaca, também, que mais adiante a defesa apresenta o que denomina “do pedido de improcedência do lançamento”. Diz que, como destacado anteriormente, não encontrou em qualquer parte da peça de defesa o mínimo reparo à apuração dos valores lançados, bem como não identificou a existência de qualquer duplicidade na cobrança da multa.

Concluída a análise da peça de defesa, e não tendo encontrado elementos capazes de alterar os lançamentos efetuados, pede que seja o presente Auto de Infração julgado totalmente procedente.

VOTO

Inicialmente constato que o presente Processo Administrativo Fiscal está revestido das formalidades legais no que preceitua o RPAF/99, onde não foi constatada violação ao devido processo legal, sendo os impostos, as multas e suas bases de cálculo apurados consoante os levantamentos e documentos acostados aos autos, em que considero suficientes para formação de minha convicção e dos julgadores na análise da lide, não ensejando qualquer outra produção de prova na forma do que dispõe o art. 147, inciso I, alínea “a” do RPAF, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99.

Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir ao sujeito passivo o ICMS por antecipação tributária de diversos produtos elencados no regime da substituição tributária, inerente à primeira infração, no valor de R\$101.935,31, previsto no artigo 8º, inc. II e art. 23 da Lei 7.014/96; e multa percentual de 60%, no montante de R\$59.520,66, inerente a segunda infração, na forma do art. 42, inc. II, alínea “d”, do mesmo diploma legal, sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal, na forma do art. 12-A da citada Lei 7.014/96, que dispõe normas do ICMS no Estado da Bahia.

Da análise das peças processuais o que se verifica de alegações defensivas, argüida pelo sujeito passivo, como considerações de mérito, é eminentemente o aspecto confiscatório das multas aplicadas na autuação e os juros moratórios, bem assim a suposta cobrança de multa em duplicidade pelas as autuações imputadas.

Sobre a dupla cobrança de multa razão não se pode dar razão ao sujeito passivo. São duas infrações totalmente distintas. A infração 1 diz respeito a exigência do imposto por substituição tributária,

recolhida a menor pelo defendente, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação, em que, não havendo acordo (convênio ou protocolo), entres os Estados envolvidos na operação, que é o caso objeto em análise, cabe ao destinatário efetuar a antecipação do imposto sobre o valor adicionado no prazo regulamentar, na forma das legislações de piso da autuação.

Versa a acusação de recolhimento a menor do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por substituição, em que, para os fatos geradores com datas de ocorrência 28/02/2012 e 31/03/2012, estão enquadradas no artigo 371, do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 6.284/97; e para as datas de ocorrência de 30/04/2012, 30/06/2012, 31/07/2012, 31/08/2012, 30/09/2012, 31/10/2012, 31/12/2012, 31/01/2013, 30/04/2013 e 30/11/2013, estão enquadradas no artigo 289 do RICMS/BA publicado pelo decreto 13.780/2012, sendo todas essas ocorrências amparadas pelo artigo 8º, inc. II e § 3º do art. 23 da Lei 7.014/96, que dispõe normas do ICMS no Estado da Bahia.

Por sua vez, a infração 2, como bem caracterizada na inicial dos autos, diz respeito a multa aplicada sobre a imputação de uma outra ocorrência fiscal, ou seja, multa percentual sobre o imposto (ICMS) que deveria ter sido pago por antecipação parcial, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação adquiridas com fins de comercialização e devidamente registradas na escrita fiscal e saída posterior tributada normalmente, com enquadramento no artigo 61, inc. IX; artigo 125, inc. II, §§ 7º e 8º e artigo 352-A do RICMS/BA, aprovado pelo Decreto 6.284/97 para a data de ocorrência de 31/05/2012; e enquadramento no artigo 12-A da Lei 7.014/96, para as ocorrências de 30/11/2012, 31/12/2012, 30/06/2013, 31/08/2013, 30/11/2013 e 31/12/2013.

Isto posto, vê-se que são imputações totalmente distintas, o que vai de encontro a arguição do sujeito passivo de que houve a cobrança de multa em duplicidade. Em sendo assim, não há razão de ser a afirmação do defendente de cobrança em duplicidade da multa aplicada no auto de infração, vez que se trata de uma multa aplicada para a infração 1; e uma outra multa aplicada para a infração 2, em que pese terem as mesmas tipificações, ou seja, artigo 42, inciso, II, alínea “d”, da Lei nº 7.014/96. Infração 1 e 2 subsistentes.

Sobre o outro aspectos de arguição de mérito, que diz respeito a alegação de confisco das multas aplicadas na autuação e os juros moratórios, onde à luz do defendente é vedada pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 150, IV; saliento que a este foro administrativo não cabe discutir a constitucionalidade da legislação posta, bem como apreciar decisão do Poder Judiciário, conforme assim preconiza o art. 167, inciso II, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629 de 09/07/99.

Do exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração em tela.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **298945.3015/16-6**, lavrado contra **MEDTEST DIAGNOSTICA COMÉRCIO DISTRIBUIÇÃO IMPORTAÇÃO E EXPORTAÇÃO DE MATERIAIS MÉDICOS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$101.935,31**, acrescido de multa de 60%, prevista no art. 42, II, “d”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais, além da multa percentual no valor de **R\$59.520,66** prevista no mesmo diploma legal e dos acréscimos moratórios conforme estabelece a Lei nº 9.837/05.

Sala das Sessões do CONSEF, 01 de agosto de 2017.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

JOÃO VICENTE COSTA NETO - RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - JULGADOR